



Centro Universitário de Brasília

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

DIMITRI VASCONCELOS WANDERLEY

**A CLÁUSULA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS
CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

**Brasília
2010**

DIMITRI VASCONCELOS WANDERLEY

**A CLÁUSULA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS
CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Projeto de monografia apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UnICEUB/ICPD) como
requisito de conclusão do Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito Administrativo
Contemporâneo.

Orientador: André Gontijo.

**Brasília
2010**

RESUMO

WANDERLEY, Dimitri Vasconcelos. A Cláusula do Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos da Administração Pública. 2010. 53 f. Monografia (Pós-graduação em Direito Administrativo Contemporâneo). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

Monografia sobre a incidência e a aplicabilidade da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos da Administração Pública, feita a partir do estudo da Constituição, da legislação e da doutrina pertinente. A aludida cláusula encontra expressa previsão constitucional, estando o agente público obrigado a, na hipótese de verificar um desequilíbrio econômico no contrato administrativo, proceder à sua recomposição pelos diversos institutos previstos em lei. A necessidade de reequilíbrio é mandamental tanto em prol da parte contratada quanto em favor da Administração Pública. A solução administrativa desses tipos de conflitos é salutar para garantir a estabilidade nas relações jurídicas com a Administração Pública, evitando-se assim o acionamento desnecessário do Poder Jurisdicional.

Palavras chaves: Administração Pública; equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo; recomposição, reajuste e repactuação.

ABSTRACT

This work is a study about the applicability of the contractual clause which assures the economic and financial balance on deals between private partners and public sector. This clause is enforced by the Constitution, and when there is an unbalance regarding the economic and financial status of the Private-Public deal, the civil servants are obligated to proceed on its reestablish by any way provisioned by Law. That reestablish is fundamental and imperative for both parties on the contract, being a salutary solution that maintains a great stability on Public-Private Partnership, avoiding, therefore, an unnecessary litigation.



SUMÁRIO

1. CONTRATOS	8
1.1 Conceito, origem e histórico.....	8
1.2 Princípios Gerais.....	10
1.3 Contratos da Administração.....	13
2. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	15
3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	30
3.1 Obrigação de contratar.....	33
3.2 Das cláusulas contratuais	33
4. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	38
4.1 Histórico constitucional	38
4.2 Hipóteses de quebra do equilíbrio econômico-financeiro	40
4.2.1 Fato do Príncipe	40
4.2.2 Caso fortuito ou força maior	42
4.2.3 Fato da Administração	43
4.3 Formas de reequilíbrio econômico	44
4.3.1 Recomposição	46
4.3.2 Reajuste de preços.....	48
4.3.3 Repactuação	51
5. CONCLUSÃO.....	53

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem como função precípua a implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, já que impera em nosso ordenamento jurídico a idéia, trazida por Konrad Hesse, de que a Constituição possui força normativa (Princípio da Força Normativa da Constituição), pela qual os diversos dispositivos constitucionais possuem aplicabilidade imediata e constituem diretrizes obrigatórias a serem seguidas pela Administração.

Partindo da premissa de que temos uma Constituição dirigente, cujo legislador constituinte elencou diversas promessas a serem cumpridas pelo Estado, a Administração, com vistas a dar efetividade aos princípios constitucionais, tende a descentralizar as suas ações, visando à eficiência na consecução desse desiderato, e buscando na iniciativa privada uma solução célere para a prestação de serviços e obras públicas.

A regra geral é de que, ao delegar a particulares a execução de obras e serviços públicos, deve a Administração observar o devido procedimento licitatório, cujos princípios básicos consistem em conferir ampla igualdade de participação aos licitantes a fim de assim obter a proposta mais vantajosa, o que satisfaria o interesse público.

Depois de realizada essa fase licitatória, deve a Administração celebrar o contrato administrativo com o licitante vencedor, consignando as cláusulas contratuais para que as obras e os serviços públicos sejam devidamente adimplidos pelo particular.

A Constituição determina que esses contratos tenham como princípio básico a manutenção do equilíbrio financeiro, que consiste em garantir a recomposição do que foi originariamente acordado, de modo a evitar perdas e ganhos exagerados para qualquer das partes.

Percebe-se, assim, que o respeito à cláusula do equilíbrio econômico-financeiro nos diversos contratos celebrados pela Administração, é condição necessária para

que os licitantes se sintam seguros para apresentar na licitação a sua melhor oferta, já que não haveria necessidade de se embutir na oferta inicial o custo decorrente de eventual necessidade de recomposição contratual.

Ao que se tem, o grande problema da execução dos contratos administrativos não reside no processo licitatório ou no início contratual, mas sim na sua execução, já que a Administração recorrentemente não observa a regra constitucional que garante o equilíbrio dos contratos, causando assim uma grave insegurança jurídica e uma corrida ao Poder Judiciário. Essa omissão, ademais, fere o próprio interesse público, pois os licitantes sempre incluirão em suas propostas o custo dessa inércia estatal, o que acaba por contrariar a finalidade máxima do procedimento licitatório, que é a obtenção da melhor proposta para a Administração.

A doutrina, a jurisprudência, a legislação e o Tribunal de Contas da União, apesar de serem unânimes no sentido de que a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos deve ser observada antes e durante a execução dos contratos administrativos, divergem acerca das diversas formas de efetivação desse equilíbrio. Daí a necessidade desse trabalho examinar e identificar as diversas formas existentes para que a Administração respeite a garantia constitucional que garante a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

1. CONTRATOS

1.1 Conceito, origem e histórico.

Os contratos constituem modalidade de ajuste celebrado entre duas ou mais partes para a realização de objetivo determinado, pelo qual os contratantes se obrigam a honrar as disposições ajustadas. É, portanto, uma espécie de negócio jurídico que se distingue, em sua formação, pela presença de pelo menos duas partes, daí se falar ser negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Segundo Orlando Gomes, contrato é “*o acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional*”.¹

Caio Mario da Silva Pereira, por sua vez, ensina que “*o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.*”²

No âmbito do Direito Administrativo, a noção de contratos da Administração não foge da essência do contrato de Direito Privado. Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

“(...) o substrato básico dos contratos é o acordo de vontades com objetivo determinado, pelo qual as pessoas se comprometem a honrar as obrigações ajustadas. Com o Estado não se passa diferentemente. Sendo pessoa jurídica e, portanto, apta a adquirir direitos e contrair obrigações, tem a linha jurídica necessária que lhe permite figurar como sujeito de contratos.”³

Celso Antônio, por sua vez, preleciona que:

“Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma

¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 19.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 167.

forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

Seus traços nucleares residem na consensualidade para formação do vínculo e na autoridade de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes.”⁴

A definição de contrato no Direito Administrativo, contudo, apesar de não fugir do conceito clássico do Direito Privado, possui algumas peculiaridades, e isso se dá em razão dos princípios constitucionais e legais, aos quais a Administração deve obediência (os interesses da Administração Pública são indisponíveis), dentre esses se destacam o princípio da legalidade e o princípio da vinculação ao instrumento licitatório.

O Princípio da Legalidade, com efeito, está intrinsecamente ligado ao Estado de Direito, do que resulta na premissa da necessidade da Administração pautar as suas ações de acordo com os ditames legais.

Segundo Celso Antônio:

“O principio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhistas e messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).”⁵

Ao que se tem, a observância das leis pela Administração decorre da própria idéia de democracia, por meio da qual as leis soberanamente aprovadas por representantes democraticamente eleitos, são de cunho obrigatório e de aplicação indisponível para a Administração Pública.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 608.

⁵ *Ibidem*, p. 100.

Extraí-se assim um dos fundamentos para a interpretação do instituto do contrato no Direito Administrativo, pois apesar de fazer lei entre as partes, o contrato com a Administração só tem validade se não violar o primado da lei.

Lado outro, o princípio da vinculação ao edital, da mesma forma, constitui exceção à regra da vinculação das partes ao contrato, tendo em vista que o edital, mecanismo que rege a licitação pública, prevendo normas isonômicas para a ampla concorrência entre os licitantes, não pode ser desrespeitado pelos termos do contrato, cuja origem e fundamento decorrem da própria lei.

1.2 Princípios Gerais

São princípios gerais dos contratos a Autonomia da Vontade, o Consensualismo, a Força Obrigatória, a Boa-fé, a Função Social e a Relatividade.

O Princípio da autonomia da vontade reflete a liberdade de contratar, que nada mais é do que o poder dos indivíduos acordarem, mediante a manifestação de vontade, os efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, provocando o nascimento de um direito ou obrigando-se.

A liberdade de contratar é ampla, desde que observadas as normas de ordem pública e desde que obedecido o Princípio da Função Social dos contratos.

Ensina Sílvio de Sálvio Venosa que:

“Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).

Em tese, a vontade contratual somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública. Na prática, existem imposições econômicas que dirigem essa vontade. (...) no século XIX, a disciplina do contrato concentrava-se na manifestação de vontades, no exame dos vícios do consentimento. O que importava era verificar se o consentimento era livre. No contrato de nossa época, a lei prende-se mais à contratação

coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. O Código atual é expresso ao se referir à função social do contrato.”⁶

Sílvia Rodrigues, de outro lado, explicita que:

“O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do Direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.”⁷

O Princípio do Consensualismo, lado outro, pressupõe que basta o simples consentimento para a formação do contrato, não se exigindo, em geral, forma especial.

O Princípio da Força Obrigatória traduz-se na premissa de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Estabelecido o conteúdo contratual, e definidos os direitos e obrigações das partes, as cláusulas contratuais passam a ter força obrigatória para os contratantes.

Preceitua Venosa que:

“Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato. Ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo. (...) A noção decorre do fato de terem as partes contratado de livre e espontânea vontade e submetido sua vontade à restrição do cumprimento contratual porque tal situação foi desejada.”⁸

O Princípio da Boa-fé, por sua vez, está mais relacionado com a interpretação contratual, por meio do qual se extrai que a literalidade da linguagem não pode prevalecer sobre a intenção manifestada pela declaração da vontade. Em outra vertente, o referido princípio impõe que as partes atuem com lealdade e confiança recíprocas no cumprimento do contrato.

Segundo Venosa:

⁶ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Contratos**. 8ª Edição. Editora Atlas: 2008, São Paulo, p. 359-360.

⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15-16.

⁸ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Contratos**. 8ª Edição. Editora Atlas: 2008, São Paulo, p. 361.

“Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto da interpretação da vontade contratual.”⁹

O Princípio da Função Social, noutro passo, implica considerar que a finalidade contratual não se dirige unicamente aos interesses das partes contratantes. O contrato é um mecanismo de interação social, portanto de interesse de toda a sociedade. Sendo assim, o contrato não pode constituir meio para prejudicar terceiros ou para servir a interesses escusos e imorais.

Esse princípio é previsto no ordenamento jurídico, propositadamente, como norma genérica e abstrata, o que permite a sua aplicação mediante as especificidades do caso concreto.

Segundo Orlando Gomes:

“A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g. evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade.”¹⁰

O Princípio da Relatividade, por fim, contém a idéia de que os efeitos do contrato só atingem as partes contratantes, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Nesse passo, Sílvio Venosa ensina que:

“[...] o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos na lei. Temos de entender por parte contratual aquele que estipulou diretamente o contrato, esteja ligado ao vínculo negocial emergente e seja destinatário de seus efeitos finais. Por outro lado, deve ser considerado como terceiro, com relação ao contrato,

⁹ *Ibidem*, p. 362.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12-13.

quem quer que apareça estranho ao pactuado, ao vínculo e aos efeitos finais do negócio.”¹¹

1.3 Contratos da Administração

Do mesmo modo que no Direito Privado, a Administração Pública também se utiliza dos contratos para a consecução dos objetivos e finalidades públicas. Os denominados contratos da administração caracterizam-se pelo fato de a Administração Pública figurar em um dos pólos da relação, enquadrando-se nesse conceito todos os ajustes bilaterais firmados pelo ente público, com vistas a cumprir com melhor desempenho a realização de obras, prestação de serviço público, aquisição de bens e serviços etc.

Os contratos da Administração podem ser de duas naturezas: de direito privado ou de direito público.

Sobre os contratos de direito privado, segundo José dos Santos Carvalho Filho:

“É evidente que, quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuído, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, a Administração age no seu ius gestionis, com o que sua situação jurídica muito se aproxima da do particular.”¹²

Sobre os contratos de direito público, ensina o autor que:

“Sendo contratos típicos da Administração, sofrem a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado, como está expresso na lei. Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre contratos administrativos e contratos privados da Administração.”¹³

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração seriam regulados em seu conteúdo pelas normas de Direito Privado – ressalvadas as condições e formalidades para estipulação e

¹¹ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Contratos**. 8ª Edição. Editora Atlas: 2008, São Paulo, p. 361.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 168.

¹³ *Ibidem*, p. 168.

aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo –; enquanto os contratos administrativos sujeitar-se-iam às regras e princípios estabelecidos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação subjetiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.”¹⁴

Delineados os subtipos de contratos da Administração, cumpre aprofundar o estudo dos contratos regidos pelo regime de direito público, que será objeto do presente trabalho.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 610.

2. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A licitação, segundo José dos Santos Carvalho Filho, é o “*procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico*”.¹⁵

Segundo Lucas Rocha Furtado, “*a licitação é atividade-meio. Faz-se a licitação tendo em vista a celebração do futuro contrato. A Administração deverá, como regra, antes de celebrar qualquer contrato, proceder à devida atuação administrativa da forma de agir dos particulares*.”¹⁶

A Lei nº 8666/93, em seu artigo 3º, bem disciplina o objetivo da licitação, que “*destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*.”

São dois, pois, os fundamentos da licitação, quais sejam, a busca pela melhor proposta e a garantia de isonomia quanto à participação dos licitantes.

Aliados a esses dois fundamentos, a doutrina elenca alguns princípios que devem balizar a licitação, o que garante a segurança jurídica no procedimento e a impessoalidade na contratação do vencedor.

Primeiramente, o Princípio da legalidade consiste no dever do Administrador observar as regras pré-estabelecidas para o procedimento licitatório. É a

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 226.

¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 21.

necessidade de não só observar as regras do edital de licitação, como também a legislação pertinente. Decorre do princípio do devido processo legal, por meio do qual “*se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.*”¹⁷

O dever de se pautar pelo princípio da legalidade não deve ser tomado de modo exacerbado, o que poderia levar a algumas distorções quanto à finalidade do procedimento licitatório.

É que o devido processo legal licitatório tem como fundamento a consecução dos objetivos da licitação, já citados, quais sejam, a obtenção de proposta mais vantajosa e a garantia de isonomia entre os licitantes, sendo que, a partir do momento em que o Administrador passa a adotar formalismos desnecessários ou exagerados, ele estará pondo em xeque a livre participação dos licitantes, pois restringirá o âmbito de pessoas credenciadas ao certame licitatório, limitando a disputa concorrencial, e acarretando em propostas menos vantajosas à Administração.

Visando evitar as implicações citadas, a jurisprudência vem temperando a rígida aplicação do princípio da legalidade, desde que não cause prejuízo à Administração ou aos licitantes.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO ANVISA. EDITAL. NÃO-EXIGÊNCIA.

(...)

2. O acórdão recorrido concluiu que tanto o objeto - contratação de serviços de oxigenoterapia domiciliar-, quanto o edital do certame dispensavam

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 233.

Licença de Funcionamento expedida pela Anvisa, porquanto a licitação não objetivava a "comercialização de equipamentos" que exigiria a autorização do órgão de vigilância, nos termos da lei.

3. Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados.

4. Recurso especial não provido.”¹⁸

“ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQÜÊNCIAS 1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato.

2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente.

3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança.

4. Recurso provido.”¹⁹

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.

3. Segurança concedida.”²⁰

“RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REVISÃO. FATOS. SÚMULA 07/STJ. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. PREGÃO. PROVA. REGULARIDADE FISCAL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. EDITAL. RIGORISMO FORMAL.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 1190793/SC, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010).

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. RMS 15.530/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 14/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 294.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Seção. MS 5.869/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 163.

DESPROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

(...)

2. No caso vertente, cooperativa foi inabilitada, após ter sua proposta declarada vencedora na fase competitiva em pregão, porque deixou de apresentar apenas uma das 548 (quinhentos e quarenta e oito) certidões de regularidade fiscal perante a Previdência social, relativas a cada um dos cooperados, conforme exigido no edital do certame.

3. O juízo a quo considerou desproporcional e excessivamente rigorosa a inabilitação do licitante, máxime porque a certidão faltante já existia à época do certame, não tendo sido apresentada por singelo e justificável lapso do concorrente, devido à quantidade de documentação a ser fornecida na fase de habilitação.

4. A prova de regularidade fiscal, perante a Previdência Social, exigida para a contratação administrativa do particular, segundo os artigos 195, § 3º, da CF, 4º, da Lei n.º 10.520/2002, e 3º, 27, inciso IV, e 29, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, deve ser interpretada teleologicamente, a fim de garantir o equilíbrio financeiro da seguridade social e evitar a contratação de pessoas inidôneas, que possam tornar-se inaptas economicamente para os encargos contratuais, à vista das dívidas fiscais não pagas, resguardando-se, outrossim, a isonomia no procedimento licitatório, ao expurgar concorrentes que tendem a apresentar custos mais reduzidos, justamente devido ao fato de não honrar com suas obrigações.

5. A falta de apenas uma, dentre 578 certidões de regularidade fiscal perante a Previdência, não é fato bastante para macular a recorrida como particular inidôneo ao cumprimento do contrato, principalmente quando se comprova que a certidão faltante já existia na época da fase de habilitação, não tendo sido criada extemporaneamente, pós-certame, conforme provado nas instâncias ordinárias.

6. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento. Precedentes.

7. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, não provido.”²¹

Do mesmo modo, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão, trouxe dispositivo visando a mitigação de interpretações exacerbadas às formalidades do procedimento licitatório:

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 17/08/2010, DJe 25/10/2010).

“Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.”

Sobre o princípio da moralidade, exige-se que os participantes da licitação (aí se incluindo a Administração) atuem amparados por conceitos éticos, não bastando a simples observância dos requisitos legais do procedimento licitatório, pois, por não ser dado à legislação prever todas as situações práticas, a conduta dos participantes nunca poderá desbordar dos limites da probidade.

É que “A ausência de lei proibindo a prática de determinada conduta não deve ser entendida como autorização para o administrador ou mesmo o particular a proceder de modo a ofender a ética e a moral.”²²

Logo, segundo Marçal Justen Filho, “a moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.”²³

O Princípio da impessoalidade, noutro passo, exige que o Administrador dispense o mesmo tratamento a todos os licitantes que se encontrem em situações análogas. O edital, nesse ponto, exerce papel fundamental, eis que será o instrumento que regerá o procedimento licitatório e as condições de contratação, tendo em vista que, estando as regras do jogo pré-estabelecidas, ficará difícil para o administrador mal intencionado direcionar a licitação a favor de licitantes específicos.

²² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 39.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 65.

O Princípio da igualdade, ou da isonomia, decorre do princípio da impessoalidade. A própria Constituição, em seu artigo 37, inciso XXI, determina que a licitação é procedimento “*que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”.

O Princípio da Publicidade possibilita à todos os interessados as faculdades de participação, informação e fiscalização do procedimento licitatório.

Segundo Marçal Justen Filho:

“A publicidade desempenha duas funções. Permite o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no procedimento licitatório. Depois, a publicidade propicia a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos.”²⁴

O Princípio da probidade, constitui nada mais que um dever do Administrador de atuar segundo os parâmetros da boa-fé e da honestidade, que acaso desrespeitado, surge a possibilidade de enquadramento da sua conduta em uma das hipóteses previstas na Lei de Improbidade.

O Princípio da vinculação ao instrumento convocatório é a garantia, não só do Administrador, como, sobretudo, dos administrados, de que o procedimento licitatório será regido pelas disposições contidas no edital de licitação, o qual fará lei entre as partes.

Conforme já salientado, deve-se evitar a interpretação rigorosa e exacerbada do edital, sendo permitido ao Administrador usar do seu Poder Discricionário para buscar as melhores soluções para as dificuldades concretas, sempre amparado pelos demais princípios que regem o procedimento licitatório.

Há que se salientar a possibilidade de alteração superveniente do instrumento convocatório, não havendo que se falar em imutabilidade do edital, pois o artigo 21, parágrafo 4º, da Lei nº 8.666/93 dispõe que “*Qualquer modificação no edital exige divulgação*

²⁴ *Ibidem*, p. 379-380.

pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Tem-se assim ser possível a modificação do edital, sendo garantido, todavia, a ampla publicidade da alteração, o que evitará surpresas para os participantes.

A licitação, por fim, é regida pelo princípio da obrigatoriedade, visto que tal procedimento é imprescindível para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvados apenas os casos em lei. É esta a letra do artigo 2º da Lei nº 8666/93:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

Dada a importância do tema, a própria lei prevê como crime a não realização de licitação:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”

A Lei, contudo, estabelece algumas exceções ao princípio da obrigatoriedade, nos casos de inviabilidade de competição ou de demora do procedimento licitatório.

Nesse passo, há as hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

A inexigibilidade pressupõe a inviabilidade de competição, dada a ausência de competitividade quanto ao objeto licitatório. O artigo 23 traz exemplos de inexigibilidade:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser

feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

O termo constante do *caput*, “em especial” denota não ser o rol taxativo, admitindo-se, portanto, outros casos de inexigibilidade não previstos em lei, desde que presente o requisito de inviabilidade de competição.

Noutro passo, a dispensa de licitação é caracterizada pela possibilidade de licitação entre possíveis interessados no objeto licitatório, sendo que a lei, contudo, entende, por oportuno, dispensar o Administrador dessa obrigação.

O artigo 24 elenca as hipóteses de dispensa, sendo o rol, contudo, taxativo:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; [\(Vide § 3º do art. 48\)](#)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; [\(Regulamento\)](#)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei: [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

XXI - Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o

licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. [\(Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004\)](#)

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. [\(Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007\).](#)

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. [\(Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007\).](#)

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. [\(Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008\).](#)

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. [\(Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010\)](#) [Vigência](#)

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 495, de 2010\)](#)

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.”

A Lei prevê, ainda, a hipótese de licitação dispensada, que, a despeito de se enquadrar na dispensa de licitação, é caracterizada pela ausência de liberdade do administrador de querer licitar, estando a licitação diretamente relacionada à alienação de bens, já que há uma vinculação entre o objeto do contrato e o adquirente do bem.

Esta é a letra do artigo 17 da Lei nº 8666/93:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*; [\(Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009\)](#)

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; [\(Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; [\(Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o [art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976](#), mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; [\(Incluído pela Lei nº 11.952, de 2009\)](#)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; ([Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: ([Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; ([Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares); ([Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009](#))

§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: ([Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009](#))

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; ([Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; ([Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005](#))

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais

ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; [\(Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008\)](#)

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. [\(Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

IV – [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 11.763, de 2008\)](#)

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei: [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei; [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador. [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

§ 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.”

Sobre o tema, destaca José dos Santos Carvalho Filho a existência de doutrina que não diferencia as modalidades de dispensa e de licitação dispensada:

“Alguns autores costumam distinguir a licitação dispensável e a licitação dispensada. Aquela tem previsão no art. 24 do Estatuto e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la. A licitação dispensada, a seu turno, estampa as hipóteses em que o próprio Estatuto ordena que não se realize o procedimento licitatório; tais hipóteses estão previstas no art. 17, I e II, do Estatuto, e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos.”²⁵

Fixadas essas premissas acerca do procedimento licitatório, cumpre analisar o contrato administrativo, especificamente as suas cláusulas contratuais.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 239.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição da República fundamenta a exigência de ajustes contratuais pela Administração Pública, e o faz com o fito de descentralizar as suas ações, permitindo, assim, maior eficiência na prestação dos serviços públicos em geral.

Nesse passo, ganha relevo os artigos 37, inciso XXI, e 175 do Texto Magno:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Segundo Lucas Rocha Furtado:

“A Administração sente a necessidade de firmar acordos com entidades privadas com vista ao desempenho das suas necessidades relacionadas à realização de obras, à aquisição de bens ou à prestação de serviços. O objetivo desses acordos de vontade era e continua a ser em grande medida o de atender às demandas internas da Administração Pública, que sempre necessitou da colaboração dos particulares para o fornecimento de bens e de serviços.

Nos dias atuais, o fortalecimento do conceito de Estado democrático e social de direito, a partir da perspectiva do Estado cooperativo, leva a Administração Pública a assumir com cada vez mais intensidade novas atribuições externas. Diante dessa nova realidade, especialmente no que concerne à prestação de novos serviços públicos ou de utilidade pública e ao desempenho das atividades de fomento, os acordos de vontade têm sido considerados os instrumentos mais adequados para permitir que os particulares colaborem com o desempenho das novas atividades estatais.”²⁶

²⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 411-412.

O conceito de contrato administrativo adotado pela Lei nº 8666/93, em seu artigo 2º, parágrafo único, é de que *“para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”*

Os contratos administrativos de direito público têm como principais balizas a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado, o que permite à Administração a prerrogativa de impor ao particular algumas regras objetivando a consecução das finalidades públicas: são as chamadas cláusulas de exorbitância.

Para tanto, o art. 55 da Lei de Licitações prevê as cláusulas que deverão integrar a minuta contratual, e o artigo 58 da referida lei enuncia as cláusulas exorbitantes que poderão ser utilizadas pela a Administração:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

As denominadas cláusulas exorbitantes constituem exceção à regra geral da isonomia entre as partes contratantes, que impera no âmbito do Direito Privado, tendo em vista que, nos contratos administrativos, a Administração atua na consecução do interesse público, o que permite-lhe sejam garantidas algumas prerrogativas para uma maior eficiência na consecução desse mister.

Para José dos Santos Carvalho Filho:

“Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada.

Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciados pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de ‘prerrogativas’ (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto).”²⁷

Para Lucas Rocha Furtado:

*“Os contratos administrativos têm como sua maior particularidade a busca constante pela realização do interesse público. Isto faz com que as partes do contrato administrativo (Administração contratante e terceiro contratado) não sejam colocados em situação de igualdade. O contrato somente vincula as partes se elas concordarem com a sua celebração. Se não houver a concordância do particular, o contrato administrativo não o obriga. Porém, uma vez firmado o acordo, em nome da supremacia do interesse público, são conferidas à Administração Pública prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata.”*²⁸

Ao que se tem, do mesmo modo em que é dado à Administração o exercício de algumas prerrogativas, sobrepondo-se assim à vontade do outro pólo da relação contratual, a lei também garante que o exercício dessa superioridade não acarrete enriquecimento

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 185.

²⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 446-447.

indevido ou que se dê à custa da ruína financeira dos demais contratantes: é garantida, portanto, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.

3.1 Obrigação de contratar

Após a realização do procedimento licitatório, ou sendo o caso de dispensa/inexigibilidade, devem as partes formalizar o instrumento contratual.

Pelo princípio da adjudicação compulsória o licitante vencedor terá direito à adjudicação do objeto, ou seja, caso ainda persista o interesse na execução do objeto licitatório, não é dado à Administração preterir o vencedor do certame.

Segundo Lucas Rocha Furtado, citando Hely Lopes Meireles:

“o direito do licitante vencedor do certame é o de que lhe seja adjudicado o objeto, e não o de ser celebrado o contrato. Posta a questão nesses termos, após concluída a licitação, o direito do licitante vencedor, é o de impedir que a Administração contrate para a realização do objeto licitado qualquer outra empresa, tenha essa empresa participado ou não da licitação. (...) a Administração pode revogar a licitação por meio de decisão motivada e abrir novo processo licitatório. Não pode, todavia, ser firmado contrato com qualquer outro licitante enquanto a licitação anterior não for desconstituída (revogada ou anulada).”²⁹

A recusa em assinar o contrato, lado outro, implica a perda do direito de contratação e tem como consequência a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8666/93:

“Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”

3.2 Das cláusulas contratuais

O artigo 55 da Lei de Licitações prevê as cláusulas contratuais obrigatórias:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

²⁹ *Apud* FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 47.

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”

Sobreleva para o presente estudo a cláusula inserida no inciso III supracitado, referente à necessidade de previsão de critérios de reajustamento de preços. Trata-se de disposição normativa que confere a implementação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, previsto na Constituição da República. Parte-se da premissa de que, aos contratos celebrados com a Administração Pública, é garantida a manutenção do que fora anteriormente acordado, o que tem como finalidade evitar perdas ou ganhos exagerados para quaisquer das partes contratantes.

O contrato deverá estabelecer expressamente, nos casos em que há previsibilidade do desequilíbrio econômico-contratual, os mecanismos para a manutenção do seu equilíbrio, pois nos casos em que não se é possível antevê-lo, a previsão do princípio do equilíbrio contratual em nosso ordenamento cuidará de garantir à parte contratante a manutenção das condições efetivas da proposta original.

Vê-se, portanto, que a cláusula do equilíbrio financeiro é cogente para o Administrador, e isso se dá não só para evitar perdas desarrazoadas à parte, mas, sobretudo, para garantir à Administração a proposta mais vantajosa.

É que o licitante, sabendo de antemão que não precisará incluir na sua proposta o custo decorrente de eventual desequilíbrio econômico contratual, apresentará a menor proposta possível, confiante de que eventual desproporcionalidade na balança contratual poderá ser prontamente regularizada com a anuência da Administração.

Como é possível verificar, a efetivação do princípio econômico-financeiro traz benefícios à Administração, pois proporcionará a obtenção de melhores propostas nas licitações públicas.

Fundamentando a origem do aludido princípio, Marçal Justen Filho preleciona que *“A proteção à equação econômico-financeira decorre do princípio da eficácia administrativa, que exige que a Administração desembolse o menor valor possível nas suas contratações.”*, bem como *“deriva também do princípio da isonomia. Se os eventos extraordinários produzissem benefício patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam benefício à custa de um particular específico.”*³⁰ (fls. 456/457).

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 456-457.

Sendo assim, ainda que não previsto expressamente no instrumento contratual, não poderá a Administração olvidar de obedecê-lo, pois trata-se de princípio constitucional inderrogável e de caráter cogente perante a Administração.

Ademais, o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, também constitui fundamento para a aplicabilidade do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, pois parte da premissa básica de que a superveniência de fatos imprevisíveis ou desproporcionais, que influam de modo oneroso na prestação contratual, não poderá servir de ganho à parte contratante.

Sobre o tema, é de se ter a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, da qual se extrai que caracteriza interesse público primário a indenização decorrente do desequilíbrio econômico verificado no contrato, ainda que seja aparentemente mais vantajoso para a Administração simplesmente negar o pedido:

“Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade (CF. Alessi, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano). Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria de tal modo defendendo apenas interesses seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem comum o interesse de todos.”³¹

Ao que se tem, muitos administradores evitam a todo custo acolher os pedidos de reequilíbrio econômico nos contratos, o que só demonstra a deficiência da assessoria jurídica dos órgãos públicos.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32-33.

Isso se dá porque muitas vezes confunde-se o conceito de indisponibilidade do interesse público, e, por consequência, o conceito de indisponibilidade dos bens públicos.

Ora, no caso discutido, vê-se claramente que é dever do Administrador a observância do princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que o seu reconhecimento implique a necessidade de dispêndio de dinheiro público. Contrapõe-se nesse caso, conforme salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público primário em face do interesse público secundário, pelo que deve, sempre, prevalecer o primeiro, pena de violação ao princípio da legalidade e da supremacia do interesse público.

Ademais, em muitos casos, a negativa de um simples pedido de reequilíbrio contratual resulta, ao fim e ao cabo, em processos judiciais intermináveis e em indenizações exorbitantes, que poderiam ser facilmente dirimidas, com economicidade e eficiência, no âmbito administrativo.

Acerca da intangibilidade da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, leciona Marçal Justen Filho que:

“O exercício das competências anômalas da Administração não pode alterar a equação econômico-financeira original, também denominada equilíbrio econômico-financeiro. A alteração das condições contratuais obriga à modificação concomitante das cláusulas atinentes à remuneração do contratado.”³²

Ainda, segundo o autor, “*a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.*”

Tem-se assim que qualquer tipo de alteração no aspecto econômico, que seja relevante para a execução contratual, tal como no prazo para pagamento, a sua periodicidade etc., está compreendida na equação contratual.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 455.

4. PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

4.1 Histórico constitucional

O Princípio do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos com a Administração vem sendo tratado em nossas diversas constituições ao longo da história.

A Constituição de 1934 dispunha que:

“Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.”

A Carta Constitucional de 1937, por sua vez, continha previsão no sentido de que:

“Art 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.

A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato. ”

A Constituição de 1946, do mesmo modo, preceituava que:

“Art 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato. ”

Desses dispositivos, a doutrina já extraia o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, conforme verifica-se do seguinte ensinamento de Cáo Tácito:

“Decorre, no entanto, diretamente da norma constitucional, a consagração inequívoca do princípio do equilíbrio financeiro da concessão de serviço público.”³³

³³ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 246.

Ocorre que, até 1946 esse princípio não era expresso e inequívoco, mas resultado da construção interpretativa da doutrina, esforço esse que foi devidamente reconhecido pelo Constituinte de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69, respectivamente, *verbis*:

“Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”

Nesse passo, o Decreto-lei nº 2.300, de 1986, que disciplinava os contratos e licitações anteriormente à Lei nº 8.666/93, referiu-se ao princípio ora estudado:

“ Art 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

I - unilateralmente, pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por este decreto-lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade nos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial;

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.”

4.2 Hipóteses de quebra do equilíbrio econômico-financeiro

A Lei nº 8666, em seu artigo 65, enumera algumas hipóteses de quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, *verbis*:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

4.2.1 Fato do Príncipe

Segundo Marçal Justen Filho, “*o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato.*”³⁴

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 458.

Conforme a lição de José dos Santos Carvalho Filho, “*O equilíbrio do contrato administrativo pode ser quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado. Foi por isso construída a teoria do fato do príncipe, aplicável quando o Estado contratante, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado.*”³⁵

De acordo com Maria Sylvia Di Pietro:

“Divergem os autores na conceituação do fato do príncipe; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas.

É a corrente que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de responsabilidade contratual,

No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma idéia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado.”³⁶

Dessa forma, o fato do príncipe é caracterizado por uma atuação estatal, genérica e abstrata, que, não diretamente relacionada com o contrato, acaba por influir na sua prestação pelo contratado, ensejando o direito ao seu reequilíbrio econômico-financeiro.

Diverge a doutrina quanto ao âmbito aplicação do fato do príncipe, se é caracterizado quando a autoridade responsável pelo fato integrar o ente federativo que celebrou o contrato, ou se abrange também atos praticados por autoridades pertencentes a entes federativos diversos.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 204.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 266.

Temos que assiste razão a Maria Sylvia DI Pietro, segundo a qual “a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão.”³⁷

4.2.2 Caso fortuito ou força maior

Segundo Marçal Justen Filho, “Quando os eventos supervenientes, produzidos por causas alheias à vontade das partes, tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes, assegurando-se ao particular a remuneração correspondente ao que tiver executado. Se for possível a execução, dever-se-á adotar solução equivalente à gerada pela teoria da imprevisão.”³⁸

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

“Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo da greve. O Código Civil, todavia, não faz distinção, limitando-se a consignar que ‘o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’ (art. 393, parágrafo único, Código Civil).”³⁹

Sobre o tema, dispõe o Código Civil que:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

Ao que se tem, a legislação não cuidou de diferenciar os dois institutos, pelo que é possível presumir a desnecessidade de sua diferenciação no presente trabalho. Sendo assim, temos que caso fortuito e força maior são situações de fato, imprevisíveis ou extraordinárias, que acabam por influenciar na prestação contratual.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 462.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 205.

4.2.3 Fato da Administração

O fato da administração é caracterizado pela atuação direta e concreta do Estado, influenciando a prestação contratual. Diferencia-se o instituto com o fato do príncipe, segundo Lucas Rocha Furtado, porque:

“[...] tanto o fato da Administração quanto o fato do príncipe são atribuídos à própria Administração contratante; o fato da Administração, porém, é atitude da Administração que irá afetar diretamente a execução do contrato, enquanto o fato do príncipe decorre de atos genéricos e abstratos da Administração Pública igualmente capazes de afetar o equilíbrio do contrato.”⁴⁰

4.2.3.1 Alteração unilateral do contrato

A lei estabelece limites quantitativos e qualitativos para a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública.

Nas modificações quantitativas, a dimensão do objeto pode sofrer alteração, desde que dentro dos limites previstos no artigo 65, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

As alterações qualitativas, por sua vez, segundo Lucas Rocha Furtado, *“decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou em dimensão.”*

Ainda, segundo o autor, *“Essas alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação.”*⁴¹

⁴⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, 626.

⁴¹ *Ibidem*, p. 449.

Diferentemente das alterações unilaterais quantitativas, que possuem limites expressos em lei, quanto às alterações qualitativas, em que pese inexistir referência expressa a limites, entendemos que se deve aplicar os mesmos parâmetros previstos para a alteração quantitativa.

Nesse sentido, preleciona José dos Santos Carvalho Filho que “*De fato, o art. 65, §1º, não faz qualquer distinção entre os tipos de alteração contratual e alude a obras, serviços e compras em geral. Se o legislador pretendesse discriminar as espécies de modificação, deveria tê-lo feito expressamente, o que não ocorreu. Assim, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.*”⁴²

É que se ter como indefinido o limite de alteração qualitativa resultaria na prática de abusos de agentes públicos tendentes a burlar a obrigatoriedade do procedimento licitatório.

4.3 Formas de reequilíbrio econômico

Nos contratos privados, no momento da assinatura do contrato estabelece-se o paradigma definidor do equilíbrio entre as partes contratantes. Nos contratos com a Administração, de outro modo, podemos tomar como marco identificador para o estabelecimento do equilíbrio das prestações, o oferecimento das propostas, até porque não poderia o licitante, posteriormente, modificá-la, em respeito ao princípio da vinculação das propostas.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho ensina que:

“Em princípio, a equação econômico-financeira se aperfeiçoa simultaneamente com o próprio contrato administrativo, no sentido de que, sem existir contratação, não há que se cogitar da questão.

Mas isso não significa que o conteúdo do equilíbrio econômico-financeiro seja estabelecido na data da formalização do contrato. Os encargos e as

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009, p. 187.

vantagens previstos no contrato foram definidos em momento anterior, no curso da licitação (ou dos atos que conduziram à contratação direta).

O conteúdo dos ângulos ativo e passivo da relação se vincula a momentos anteriores, na época da apresentação das propostas.”⁴³

Tem-se assim que há nos contratos a cláusula implícita do *rebus sic stantibus*, cujo teor determina a manutenção da proposta originalmente contratada.

Segundo Lucas Rocha Furtado:

“Nos dias atuais, a leitura do mencionado princípio não afasta ou nega a necessidade de recomposição do equilíbrio do contrato. Esta noção de equilíbrio não é mais tida como estática; ela é vista a partir de uma concepção dinâmica, em um contexto em que a preservação do que foi acordado impõe às partes o dever de acompanhar as circunstâncias que envolvem a execução do contrato e o seu constante cotejamento com aqueles fatores que resultaram na definição dos encargos das partes a fim de, verificado o desequilíbrio e comprovados determinados parâmetros, promover a alteração do contrato de modo a recompor o equilíbrio inicialmente definido. A partir dessa nova concepção, a definição dos mecanismos de preservação do equilíbrio e a sua aplicação no curso da execução do contrato não importa em violação do *pacta sunt servanda*, mas na sua realização.”⁴⁴ (Licitação e contratos, p 614).

Sendo assim, para verificar a quebra da equação econômico-financeira do contrato necessita-se, primeiramente, cotejar a previsão adotada pelas partes quando da formulação da proposta, com as condições da execução contratual, verificadas em momento posterior.

Sobre o momento inicial para a aferição do equilíbrio econômico, destaco o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União, que bem explica a questão:

“Sumário: Solicitação do Congresso Nacional. Contrato de geração e fornecimento de energia elétrica por produtor independente. Alterações contratuais. Modificação do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado. Ilegalidade. Determinações.

As alterações contratuais feitas com o intuito de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste encontram limite na equação econômico-financeira estabelecida no ato da apresentação da proposta pela empresa contratada, estando tais modificações impedidas de alterar o quociente

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 457.

⁴⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 614.

inicialmente obtido a partir da ponderação entre encargos e remuneração acordados (grifamos).

Independentemente da denominação dada ao negócio jurídico firmado, nas declarações de vontade deve-se ater mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem.” (Acórdão 2337/2006, plenário, TCU).

Conforme exposto, é possível concluir que a efetivação do reequilíbrio econômico, calcado no princípio *rebus sic stantibus*, não viola o princípio do *pacta sunt servanda*, mas, pelo contrário, vai ao seu encontro, proporcionando uma atualização das obrigações originalmente propostas.

4.3.1 Recomposição

A regra geral é de que os modos para a efetivação do reequilíbrio contratual devem estar explícitas no contrato, o que pode gerar alguns inconvenientes, considerando ser quase impossível aos pactuantes antever as situações de desequilíbrio.

Para dirimir esse ponto, a Lei nº 8666/93 previu a recomposição do equilíbrio contratual nos termos seguintes:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

Ao que se tem, a lei resguarda a recomposição decorrente de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém, no caso desse último, de consequências incalculáveis. Daí retira-se de pronto a possibilidade de tal dispositivo prever a recomposição decorrente de

fatos previsíveis cuja consequência se possa estimar, pois o objetivo da norma não é de garantir amparo ao contratante imperito ou negligente, que não apurou devidamente os custos decorrentes da prestação contratual, mas, pelo contrário, o intuito da norma é resguardar o contratante de acontecimentos imprevisíveis ou de situações extraordinárias, essas, impossíveis de previsão até pelo mais cuidadoso gestor.

A recomposição, decorrente da teoria da imprevisão, é historicamente delineado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O advento da primeira guerra mundial fez renascer o velho e salutar preceito contida na *clausula rebus sic stantibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes de ‘teoria da imprevisão’. Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado.

A instabilidade, a mutação profunda das condições econômicas, em antítese com o momento histórico precedente, não mais se compatibilizaram com o rigor formalístico prestigiado na concepção Napoleônica. Com efeito, a idéia de imutabilidade do pactuado só é convivente com períodos de grande estabilidade. Fora daí, longe de servir à disciplina de relações sociais – como pretende o Direito -, só pode gerar empecilho ao eficiente desenvolvimento delas.

Não é de surpreender, então, que, na própria França, em famoso aresto do Conselho de Estado (*Gaz de Bordeaux*, 1916), fosse proclamada a impossibilidade de concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível alta de preços que tornara as tarifas insuficientes. Aliás, conforme advertência de Waline, as premissas da ‘teoria da imprevisão’ e as suas consequências, já haviam sido aplicadas em arestos precedentes e a própria voz ‘imprevisão’ fora dantes invocada, em 1905, no aresto ‘*Ville de Paris*’. O aresto ‘*Labeye*’, de 1911, segundo o mesmo autor, concede indenização ‘nada obstante todas as cláusulas em contrário’.”⁴⁵

Cumpre salientar, por oportuno, que a despeito de inicialmente criado para a que concessionário de serviço público não arque sozinho com prejuízos decorrentes de eventos imprevisíveis, atualmente, é plenamente admissível o instituto da recomposição em favor do Estado contratante, até como forma de evitar o enriquecimento indevido da outra parte e de dar efetivação ao princípio da isonomia.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 645.

4.3.2 Reajuste de preços

Segundo Lucas Rocha Furtado, “*O reajuste de preços está relacionado a variações dos custos de produção que, por serem previsíveis, poderão estar devidamente indicados no contrato.*”⁴⁶

Trata-se, *verbi gratia*, da adoção de índices de atualização monetária que promovam o reajuste do valor do contrato em face da inflação monetária.

Segundo Celso Antônio:

“Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto rebus sic stantibus quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subsequentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço.”⁴⁷

Ainda segundo o autor, a fixação de índices de reajuste no contrato não se dá em caráter absoluto pois, “*se e quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar – e não levou – ao almejado pelo contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A eleição de meio revelado inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado.*”⁴⁸

A diferença para a recomposição reside no fato de que, aqui, o desequilíbrio na prestação contratual é plenamente previsível, tratando-se, portanto, de mera projeção das

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 619.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 649.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 651.

perdas inerentes ao processo inflacionário, enquanto que na recomposição, o desequilíbrio decorre de fatores imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis.

Acerca da diferença dos institutos, leciona Lucas Rocha Furtado que “*Outra importante distinção entre reajuste e recomposição é o fato de que a primeira necessariamente deverá estar prevista no contrato. Se não houver cláusula contratual definindo os critérios de reajuste, ele não há que ser admitido. A recomposição, ao contrário, não há como estar prevista no contrato pelo simples fato de decorrer de fatos imprevisíveis (ou, ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis).*”⁴⁹

Sobre o reajuste nos contratos, dispõem a Lei nº 9.069/95, em seu artigo 28, e a Lei nº 10.192/2001, em seu artigo 2º, respectivamente, que:

“Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.”

“Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no [§ 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995](#), e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das

⁴⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 621.

prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos contratos celebrados a partir de 28 de outubro de 1995 até 11 de outubro de 1997. [\(Vide Medida Provisória nº 2.223, de 4.9.2001\)](#)

§ 6º O prazo a que alude o parágrafo anterior poderá ser prorrogado mediante ato do Poder Executivo. [\(Vide Medida Provisória nº 2.223, de 4.9.2001\)](#)

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

Vê-se assim que, por disposição legislativa, o momento do reajuste da proposta não pode se dar em menos de um ano do oferecimento da proposta.

Verifica-se que, enquanto o reajuste pressupõe prazo superior a um ano, na recomposição não há disposição normativa regulando o momento da sua aplicação, pelo que é possível concluir não haver prazo mínimo para a sua aplicação.

Gize-se ser possível a recomposição nos casos em que a expectativa inflacionária fuja ao âmbito da previsibilidade, pois nesse caso não seria possível às partes contratantes antever esse fato extraordinário.

Cabe aqui fazer uma distinção entre reajuste e a atualização dos valores pagos em atraso pela Administração Pública, pois enquanto esta apenas reflete a perda inflacionária da moeda, e independe de previsão contratual, aquela constitui modalidade legal de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de fatores previsíveis quando da assinatura do contrato e, portanto, sujeitas à expressa previsão contratual.

Nesse sentido, “a atualização monetária não se constitui em um plus, mas, tão-somente, na reposição do valor real da moeda.”⁵⁰

Do mesmo modo, “A correção monetária é mera técnica de atualização de valores, a qual não altera o equilíbrio econômico inicialmente estabelecido no contrato.”⁵¹

4.3.3 Repactuação

Segundo Lucas Rocha Furtado, “Modalidade especial de reajustamento de contrato, aplicável tão somente aos contratos de serviços contínuos, corresponde à denominada repactuação, que se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato.”⁵²

O Decreto nº 2.271/97, em seu artigo 5º, prescreve acerca do instituto:

“Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.”

Determina a Lei que a cláusula prevendo repactuação é obrigatória nos contratos, podendo ser utilizada após o interregno mínimo de um ano e, segundo o Parecer nº AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Advogado Geral da União, esse período é contado a partir da data da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, ou, ainda, da data da última repactuação, sendo que a repactuação deverá ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente, sob pena de ocorrer preclusão lógica de exercer o seu direito.

⁵⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. Rel. Ministro Luiz Fux, REsp 770.675/SP, julgado em 20/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 126.

⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 1187784/MG, Ministra Eliana Calmon, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010.

⁵² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 622.

Ao que se tem, entende a AGU que, ao assinar o aditamento de prorrogação contratual, sem ressaltar o direito à repactuação, o contratante não mais teria direito a pedi-la, em razão da configuração da preclusão lógica.

Quanto à diferença entre os institutos do reajuste, revisão e repactuação, é de se ter que:

“Tanto o reajustamento, como gênero, quanto a repactuação dos preços visam a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. A diferença entre o reajuste e a repactuação reside no critério empregado, pois, na primeira opção, vincula-se a recomposição a índice estabelecido contratualmente, ao passo que na segunda forma de recomposição, na repactuação, a recomposição do equilíbrio do contrato ocorre por meio da demonstração analítica da variação dos componentes dos custos que integram o contrato, tomando-se como parâmetro a proposta do contratado.”⁵³

Ainda na lição de Lucas Rocha Furtado:

“A recomposição está relacionada à ocorrência de fatos imprevisíveis, ou ainda que previsíveis, de efeitos incalculáveis, que afetem o equilíbrio contratual. O reajuste será determinado de acordo com índices pré-fixados no próprio contrato. A atualização, ao contrário, está vinculada à possibilidade de atrasos nos pagamentos devidos pela Administração, sendo obrigatória a presença de cláusula que discipline o seu pagamento, nos termos do art. 40, XIV, ‘c’, da Lei nº 8.666/93.”⁵⁴

⁵³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009, p. 622.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 624.

5. CONCLUSÃO

Conforme exposto, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos decorre diretamente da Constituição da República, sendo, portanto, de caráter cogente para a Administração, constituindo claro mecanismo para atingir os objetivos da licitação pública: escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e garantia de igualdade de participação.

Sendo de caráter obrigatório, deve a Administração, no próprio âmbito administrativo, dar consecução ao referido princípio, ainda que seja necessário o dispêndio de dinheiro público ao particular.

Como visto, há que diferenciar o interesse público primário concernente à observância do equilíbrio nos contratos, do interesse público secundário referente ao interesse da Administração em negar a recomposição financeira contratual.

É que a protelação de medidas administrativas tendentes à solução de conflitos verificados no decorrer da prestação do objeto dos contratos administrativos é medida salutar para que haja o desafogamento do Poder Judiciário e para que resulte em maior economia ao erário, considerando que, nessa última hipótese, a abreviação do conflito evitará o pagamento de juros, correção monetária e prejuízos indiretos resultantes da demora inerente ao trânsito em julgado do processo judicial.

6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. Rio de Janeiro: 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 2009.

GAZIERO CELLA. **Contrato Administrativo: Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

LIMA, Renata Faria Silva. **Equilíbrio Econômico-Financeiro Contratual**. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

VENOSA, Silvío de Sálvio. **Contratos**. 8ª Edição. Editora Atlas: 2008, São Paulo.